POR

DOÑA IVANA DE HERRERA, madre, y heredera de doña Ana de la Cerda ſu hija.

EN EL PLEYTO CON

LOS ALBAZEAS DE EL Veintiquatro Iuan Hidalgo, marido que fue de la dicha doña Ana.



L HECHO de eſte pleyto, referido brevemente, en quãto haze à eſte articulo, es, que D. Ana de la Cerda hija de don Iuan de Medina, y doña Iuana de Herrera, caſô con el Veintiquatro Iuan Hidalgo, y ſe dotô en cierta cantidad de maravedis, de que otorgaron eſcritura con la relacion de padres dicha. Muriò doña Ana, y por ſu teſtamento dexò ciertos legados, y obras pias; y porque no quedaron hijos, inſtituye por ſu heredera à doña Iuana de Herrera ſu madre, dexando por uſufrutuario a ſu marido, entretanto que la madre, que eſtava, y eſtà en las Indias, venia a la peticion de la herencia.

Embiò doña Iuana poderes para acetar la herencia, y cobrarla: y aviendoſe hecho la aceptacion juridica, pide a los Albazeas de ſu yerno (que ya era muerto) la dote de ſu hija, y executa en virtud de la eſcritura dotal.

Oponenſe los Albazeas, y dizen, que no puede pedirla, porque doña Ana era eſpuria, que la uvo doña Iuana (a quien confieſſan ſer ſu madre) de don Iuan de Villavicencio, ſiendo ordenado de orden ſacro. Por el contrario doña Iuana negava la tal calidad de eſpuria.

En los diez dias de la ley intentaron provar que lo era los Albazeas: pero su provança por ningun caso concluye en nada. Con que el Iuez mandô hazer remate por la cantidad de la dote, baxando de ella la tercia parte de que doña Ana pudo disponer en perjuyzio de la legitima devida a su madre.

Desta sentencia apelaron los Albazeas, y el punto principal sobre que se vè aora este pleyto, es pretender los Albazeas, que an de ser oydos en grado de apelacion en esta Real Audiencia, antes de pagar lo que por sentencia de remate està mandado pagar a la parte de la dicha doña Iuana. Y por el contrario doña Iuana pretende, que el pleyto se debuelva, para que venga por su orden.

La pretension de doña Iuana parece llana en derecho, porque le asiste la regla, y la ley del Reyno, que manda, que de sentencia de remate no se admita apelacion: *Sin embargo de qualquier nulidad que contra la dicha execucion, y remate se alegue*, dixo la *l.2.tit.21.lib.4.* de la Recopilacion.

Los Albazeas pretenden, que estàn en la excepcion de esta regla; porq̃ dizen no milita quando la sentencia cõtiene notoria injusticia, como lo dize la pratica vulgar de Iuan Gutierrez, *lib.1. q.120.num.3.* Rodriguez, *de reddit. lib.1.q.17.num.167.* Zeballos, quia utrumque allegat. *tom.1.q.15.num.3.* & tractatu, *de cognitione per viam violent. quæst fin.* Salgado, *2.tom. de protectione Regia, 3.p. cap.9 à num.1. cum plur. [...] sequentibus.*

La injusticia notoria que alegan es, aver mandado el Iuez ordinario hazer remate en los bienes del Veintiquatro Iuan Hidalgo por la dote de la dicha doña Ana, en favor de doña Iuana su madre, teniendola por capaz de la herencia de su hija, siendo incapaz de ella, por ser espuria, hija de don Iuan de Villavicencio, Canonigo desta santa Iglesia, que la uvo siendo de orden sacro; porque dizen que està excluyda de la herencia de su hija por la ley de el Reyno, que es la *l.7.tit.8. lib.5. Recopil. quæ est l.9. Tauri.* Y assi lo sienten muchos Doctores, que despues citarè.

Esta excepcion tiene dos partes. La primera es, que la injusticia notoria impide la execucion de la sentencia de remate, y dá lugar a la apelacion. La segunda es, que la aya en este caso,

y am-

y ambas no se ajustan al pleyto presente, como brevemente constará, ex sequentibus.

Lo primero, la pratica de Iuan Gutierrez, y de los demas Autores, aun tomada assi in genere, no es tan infalible, que no aya avido Doctores que la impugnen, como son Abendaño, *in cap. Prætor. lib. 1. cap. 6. num. 4.* Monterroso, *in practica, tractatu 3 fol. 38. columm. 2.* Didacus Perez, *in l. 5. tit. 8. lib. 3. ordenam. glossa penult. vers. In oppositum*, Parladorus, *lib. 2 rerum quotitd. c. fin part. 5. §. 15. nu. 1.* ubi nullitatem adhùc non impedire executionem sententiæ, docet aperté. Y las palabras de la ley Real nadie puede negar, sino que dan materia de duda, pues excluyen, no solo que se alegue injusticia, sino nullidad qualquiera.

Pero teniendo por mas comun, y mas praticada la sentencia contraria, es de advertir, que en lo que principalmente hablaron los Autores, fue en la nullidad, como consta de los referidos arriba, especialmente de Zeballos, *dict. quæst. 15 tom 1. num. 9* ibi: *Est intelligenda quando allegatur nullitas, quæ requirit altiorem probationem: secus quando nullitas est notoria.* Y Azebedo, *ibid. num 6.* ibi: *Sic teneo nullitates notorias incompetentiæ, vel defectus citationis non excludi per textus nostrum.* Y nullidad ninguna se puede alegar en este pleyto con fundamento.

De las nulidades notorias se passaron los Doctores (ut moris est apud nostros) a las injusticias, estendiendo a ellas su sentencia, pero pidiendo siempre, que la injusticia sea notoria, como lo pide el texto *en el cap inter cæteras de re iudicata*, ibi: *Si iniquitatem contineat manifestam.* Videndus est ibidem Doctores omnes congerens, *Barbosa in colect. nu. 2.*

Esta injusticia manifiesta, qual sea, lo explica la glossa, ibid. *ver. manifestam*, remitiendose a la glossa *ultima, de el c. 1. de sent. & re iudicata*, q̄ en este punto es celebre, y Magistral. Pero es de notar, q́ aquellas que alli pone, no son tanto injusticias manifiestas, quanto nulidades, como son el defecto de jurisdicciō, el de poder de el Procurador, el de el error de calculo, el de dirigirse derechamēte contra algun estatuto, o constitucion, dandolo por nullo, que en rigor, como digo, son nulidades, y essas quiere el Pōtifice que sean manifiestas; porque sino lo son, y no constan, ex actis ipsiusmet

ſiuſmet cauſæ entonces *Evacuari ſententiâ oportet*, dize el miſmo texto: eſto es reponerſe por la apelacion, como explica la gloſſa ibidem, verbo *Evacuari*.

Explica eſto mas latamente Salgado, *dict. cap. 9. num. 34.* Porque ya que no dize quando dicatur notoria injuſtiçia, dize, quãdo non dicitur notoria, porque dize equiparando la nulidad, y la injuſticia: *Evidenter ex actis debet ipſa nullitas notoriè patere: adeo ut ſufficiet qualis qualis offuſcatio ad tollendam hanc nullitatis notorietatem.* Id ipſum docet Lancellotus *de attentatis, 2. p. cap. 17. n. 112.* Antonius Gabriel, Burſatus, Cephalus, & alijs plures, quos refert, & ſequitur Farinac. *tom. 1. pract. crim. quæſt. 21. num. 19.* ibi: *Licet regulariter illa dicatur notoria iniuſtitia, & notoria nullitas, quæ ex actis colligitur, & patens eſt: ubi tamen aliquid ex adverſo opponitur, quod dubitationem & offuſcationem pariet, ceſſat talis notorietas, nec ſentẽtia poteſt amplius dici notoriè iniqua, aut notoriè nulla, ut poſt alios latè Contardus.* Y luego añade. *Quibus in locis præfati Doctores præfata ampliant, etiam quod oppoſitio, & impugnatio contineat iuris ſubtilitatem: & ita quotidie obſervat Rota.* Todos los quales conteſtan, en que todas las vezes que redditur qualis qualis ratio, quæ cõtineat iuris ſubtilitatem, vel aliam quamcumque, reddentem aliqua ex parte minus claram nullitatem prætenſam, no ſe puede dezir nullitas notoria.

Y con razõ, porque notorium eſt id quod nulla poteſt tergiverſatione cellari, *ut notatur in cap. ult. de cohabitatione Clericorũ, & mulierum*, & ex pluribus obſervat Barboſa, *tractat. de appellationibus verborum appellatione* 106. Y como dixo Alçiato, *lib. 1. de verbor. ſignificatione: Notoriũ eſt quod omnibus conſtare poteſt, & nec colore offuſcatur, nec probatione indiget*, o como dize Maſcardo, *de prob. con.* 1101. *num* 3. a quien ſigue Farinacio, *dict. quæſt. 27. num. 8. Notorium eſt rei cui adiungitur valde plena notitia inducens indubitatam, & finitam probationẽ, diſcuſſione non egentem.* Y lo miſmo ſignifica la pala palabra *manifeſtum* de que uſa el *cap. inter cæteras*, porque como dize Kalvinus *in Lexic. utriuſq; iuris: Manifeſtum eſt publica, vel clamoſa proclamatio ex certa ſciẽtia, & certis auctoribus proveniens.* Y todo lo que no fuere aſsi, y no tuviere toda certidumbre, ni ſerá notorio, ni manifieſto.

Reſta

Resta aora averiguar, si la sentencia de remate es evidentemente injusta, y contiene notoria, y manifiesta iniquidad en la forma que se requiere, para que de ella se admita la apelacion.

Y no será menester para fundar que no lo es, probar con toda exaccion la justicia de la pretension de doña Iuana; porque essa obligacion tocarà, quando despues de averse executado el remate, y pagado el reo, se averiguen los meritos de la causa principal en grado de apelacion, si la intentaren los Albazeas. Aora solo diré los fundamentos que bastan, para que no se entienda aver sido la sentencia notoriamente injusta, como el contrario pretende.

Y lo primero es de advertir, que siendo el fundamento de los Albazeas para excluyr de la herencia de su hija a doña Iuana, dezir averla avido de don Iuan de Villavicencio, Canonigo, en tiempo que era de orden sacro, esto no lo tiene probado en ninguna manera, ni con testigos, ni otros instrumentos. Porque aunque uno, o dos testigos, que vieron criar a doña Ana en casa de doña Constāça de la Cerda, y dezir q̄ era hija de don Iuan, no concluyen, ni contestan, como es manifiesto por las probanças. Y faltando probança de el reo, que in excipiendo fit actor, falta todo el derecho, especialmente en las probāças de iligitimidad, *ex text in cap lator. qui filij sint ligitimi*, tradit Caputaquen. *decis.* 150. *num.* 9. Cavalc. *decis.* 10 *num.* 1. *cum alijs.*

Y esta obligaciō de probar la calidad de espuria, le tocava a la parte de los Albazeas; porque en caso de duda se presumia, y presume, que el hijo es natural, y no espurio, ut indistinctè docet Surdus, *cons* 303 *num* 1. Covarrubias, *in* 4. 2 *part. cap.* 8. §. 9. *num.* 1. Cravet. *cons.* 166. *num* 1. *& cons.* 138. *num.* 1. & in specie docuit id ipsum, Burgos de Paz, *cons.* 26. *num* 44. quem refert, & sequitur Azebedo, *in l.* 7 *tit.* 8 *lib* 5. *Recopil. num.* 51. non enim præsumitur delictum parentum, ut omnes etiam adversarij fatentur. Y aunque esta conclusion la limitan algunos Doctores, como son Tello Fernandez, *in dict. l.* 11. *num.* 5 6. *&* 7. y la siguen Tomas Sanchez, *lib* 4. *consili, cap* 2. *dub.* 6 *num.* 2. *& sequentibus*, & latius D. Ioannes del Castillo, *lib.* 5. *cap.* 124. *num* 9. Ioannes Gutierres, *lib.* 2. *pract. quæst* 112. *num.* 2. & Ioannes Gartia, *de Nobilitate, gloss.* 20. *num.* 39.

Y es, que quãdo el hijo trata de adquirir alguna cosa, a q̃ regularmente resiste el derecho, como es la nobleza, o de adquirir otra alguna, a q̃ no tenia derecho, ni possession aliunde el hijo, en esse caso a el le incumbe la obligacion de probar la calidad de naturaleza: pero quando el contrario trata de excluyrle de el derecho adquirido a titulo de incapaz, á de probarle la calidad de espurio.

Y aunque esta distincion se admita, nos hallamos en terminos, y en la dotrina de Tello Fernandez, y de Iuan Gutierrez mas expressamente. Porque lo primero, no resiste el derecho a las herencias, porque testamenti facto passiva, vel activa est de genere permissorum, ita ut omnibus liceat testari, & ex testamento capere, quibus expressè non prohibetur. Vt notatur in princ. inst. quibus non est permissum facere testamentum, & in prin. inst. de hæredibus instituen. Y lo segundo se halla doña Iuana instituida por heredera por su hija, llamandola madre, y instituyendola como a tal. Con que no tiene necessidad de ninguna otra probãça, y a quien le toca, es a los Albazeas, que pretenden excluyrla de la herencia, y fundã su accion en la calidad de espuria, que no la prueban.

Y ayuda mucho a este intento la doctrina elegante de Iuan Gutierrez, *dict. quæst.* 112. *num.* 7. adonde componiendo la discordia entre las opiniones de Tello Fernandez, y Matienço, dize, q̃ quando al hijo confiessa su contrario que lo es, y pretende excluyrle por ser espurio, que en esse caso al contrario le toca la probança de aquella calidad.

Procede en este caso Iuan Gutierrez consequentemente a su doctrina, el qual en el *lib.* 1. *pract. q.* 121. enseña, que quoties Reus fatetur substantiam facti alicuius, sed adijcit aliquam circũstantiam vel qualitatem, tunc ipsi Reo incumbit onus probandi illam qualitatem; aliàs substantia facti, quam fassus est, omnino vera habetur, & pro ea iudicatur. Y esta sentencia està recebida en la pratica sin dificultad ninguna.

Esto mismo es lo que passa en nuestro punto; porque los Albazeas confiessan que doña Ana de la Cerda es hija de doña Iuana de Herrera, pero dizen que es espuria, y esta calidad, reconociendo ellos mismos que les tocava probarla, hizieron informa-

cion

cion, que como està dicho, no concluye. Y consequentemente por este titulo doña Iuana deve obtener, y fue justa la sentencia de remate que en su favor se pronunciò en los autos.

Lo segundo, quando estuviesse probado que doña Ana era hija espuria de doña Iuana, no se prueba que por esso no pudo instituyr por heredera a su madre.

Esta dificultad intentum exigit auditorem, y asi suplico a V.m. se sirva de ponderar lo que en ella, y en la siguiente se dirà.

Cosa llana es, que de derecho de las partidas, los hijos de los Clerigos heredavan a sus madres, *ex l.3.tit.21.partit.4.* ibi: *Ca non deven heredar los bienes del padre, como quier que puedan heredar los de la madre.*

La ley de la Recopilaciõ, o de Toro q̃ es la alegada *7.de el tit.8. del lib.5.de la Recopil.* dá lugar a esta duda: pero de su inteligẽcia, y contexto depende mucho su resolucion. Dispone esta ley, que los hijos espurios sucedan a las madres, no teniendo ella otros legitimos. *Con tal que los espurios no sean de dañado, y punible ayuntamiento.* Y luego añade. *Y queremos, y mandamos, que entonces se diga, y entienda dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, salvo si fueren los hijos de Clerigos, o Frayles, o Monjas professas: que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor Rey don Iuan el Primero en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucession de los hijos de los Clerigos.* Estas son las palabras de la ley: en las quales, como los Doctores contrarios confiessan, no prohibe expressamente que los hijos de los Clerigos sucedan a sus madres, sino solamente se remite a lo dispuesto por la ley de Soria.

Pero ya que no hallen expressa exclusion de la herencia materna en esta ley, arguyen que deven ser excluydos los tales espurios. Porque dizen, que aquella palabra, *salvo si fueren hijos de Clerigos*, es excepcion, quæ debet esse de regula, *ex l. quæsitum, §. denique, ff. de fundo instructo, &c. l. nam quod liquidè, §. fin ff. de pænu legata cum vulgatis.* Y siendo la regla, que los hijos espurios se admitan a la sucessiõ materna, y exceptuãdose de ella los hijos de Clerigos,

clara

clara cosa es, que por la excepciõ estàn excluydos, y consequentemente mandado, que lo dispuesto en la ley de Soria, que es la *l 6. tit. 8 lib. 3 Recopil.* cerca de las sucessiones paternas, se entienda tambien cerca de las maternas. Hoc argumento utitur Azebedo, *in dict. l 6. nu. 1. & l 7 num. 22. &* 23. Matienço, *in dict. l. 6 gloss. 4. num. 7. &* 8. & Thomas Sanchez, *qui cæteros refert dict. lib. 4. consiliorum, cap. 3. dub. 10. num. 6.*

Sed sanè hoc argumentum nimis debile est. Porque lo primero en las leyes penales ad extendendam pœnam argumentis vel illationibus uti non debemus, sino solamente se à de mirar al contexto forçoso, y expressado en las palabras de la ley, ut infra probabo.

Lo segundo, el argumento es debil; porque es de advertir, que la dicha excepcion que haze ley 7. referida, no cae sobre toda su decision, ni es necessario que exceptio sit de tota regula, basta que lo sea alguna parte de ella, como lo observô Everardo, *in locis legalibus, loco ab exceptione qui est 9. in fine.* Como si la ley dixesse, el que matare a otro sea condenado al interes de la parte, y a horca, y luego añadiesse, *salvo si fuere noble*, entonces esta excepcion no librará al noble de toda la pena, sino de la de la horca, quedando obligado al interes.

Aora pues es de advertir, que lo regular por la ley de la Partida alegada, los espurios suceden a las madres, y no tenian las madres pena de su delito en quanto a esta parte. La ley de Soria (como despues diré) pusoles en pena, que no sucediessen los espurios a sus padres, ni a los parientes paternos. La ley de Toro, que es la que vamos explicando, dexa tambien sin pena a las madres de hijos espurios: pero porque no parezca que quedan sin ella, dize que se guarde la ley de Soria. Y esto se colige claramente de las palabras de la excepcion, que las pone la ley inmediatamente a las que declaran qual sea ayuntamiento punible: y porque no paraciesse que no era punible el delito de las concubinas de los Clerigos, añade, *Salvo si fueren los hijos de Clerigos, &c. que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde la ley, &c.* Y este es a mi corto entender el verdadero sentido de las palabras de la dicha ley.

Y si

Y si pareciere algo sutil, y dificil, no por esso deve desecharse; porque la regla universal, que *exceptio debet esse de regula*, se limita quoties ex tali exceptione correctio iurium resultaret: ad quam evitandam, impropianda sunt verba exceptionis. Ita observat Panormitanus, *in cap. consultationibus de officio delegati, & ex eo docet* Everardus in dicto loco, *ab exceptione*, ibi: *Illud autem nolo te ignorare, quod ut iura iuribus concordentur, admittitur impropriatio; ut exceptio fiat, non specialiter à præcedentibus sed in genere.* Y assi dando esta nuestra interpretacion caso en que milite la excepcion, basta para que no sea correctoria la ley.

Lo tercero, porque la dicha excepcion no es absoluta, sino limitada; porque no se queda la ley en dezir, *salvo si fueren hijos de Clerigos*, sino passa adelante, y dispone por palabras dichas no exceptivas, ni indirectas: *en tal caso mandamos que se guarde la ley, &c.* De suerte, que en lo que exceptua a los hijos de Clerigos, es, en que se guarde la ley de Soria, no en la admission a la sucession materna absolutamente, ut per se patet. Y assi siendo disposicion limitada, limitatum etiam producet effectum, *l in agris, ff. de adquirendo rerum dominio, cum vulgatis. Exornat* Tiraquellus *tractatu de cessante causa*, 1. *p. num.* 147. Barbosa *axiomate* 40 *num* 29. & Alvarez de Velasco, *litt. C. num* 40.

Præsertim cum sermo sit in pœnalibus: in quibus extensio pœnæ fieri non debet, nec interpretari legem debemus ampliãdo, sed restringendo, *ex text. in cap. in pœnis de reg. iur. in* 6. *l penult. ff. de pœnis*, neque ex identitate rationis, ut infra dicam.

Demas de que si la ley de Toro quisiera que la excepcion que pone se estendiesse a la total exclusion de los hijos, facil le fuera averlo dicho, o callado las ultimas palabras en que se remite a la ley de Soria. Nam si lex voluisset expressisset, *l. unica, § sin autem ad deficientis, C. de caducis tollendis, l. si servus, § Præter ait, vers. non dixit, ff. de adquirenda hæreditate, exornat* Tiraquellus *in l. si unquam, vers. libertis, C. de revocan. donat.* Thuscus, *tom.* 8 *litt. V. conclusione* 83 lex enim præsumitur noluisse id quod facile potuisset exprimere, *late* Menoch. *cons.* 30. *num.* 8.

Finalmente, porque aunque la excepcion parezca universal, se á de entender, y restringir en el caso que la misma ley la restringe,

tringe, que es para que se guarde la ley de Soria. Nam verba generalia, & universalissima restringuntur iuxta formam appositam, & limitatam in instrumento, *ex regul. text. in cap. qui ad agendum de procurato. lib. 6. & explicat* Farinacius, *decis. 293. num. 3. in novissimis*, Marta *de clausulis, 1. part. clausula 26.* & Barbosa *claus. 35. à num 2.* Y assi en virtud de aquella *ley 7. de el titulo 8.* no estàn excluydos los hijos de Clerigo de la sucession materna, mas de en quanto lo estuvieren por la ley de Soria, como la misma ley lo explica, y limita.

Resta aora ver si la dicha ley, que llaman de Soria, que es la *l. 6. tit. 8, lib. 5. Recopil.* excluia a los hijos de Clerigos de la sucession de sus madres.

Confiesso desde luego, que ay mas Autores, que digan que estàn excluydos, que no que lo nieguen; porque por la sentencia afirmativa està Covarrub. *in 4. 2 part. cap. 8. §. 5 num. 17.* Tello Fernandez, *in l. 9. Tauri, num 5.* Antonius Gomez, *ibidem num. 15.* Cifuentes, *nu. 5.* Gutierrez, *lib. 2. pract. quæst* 102. Matienzo, *in dict. l. 6. tit. 8. gloss. 4. num 78. & ibidem,* Azebedo, *num. 1. & in l. 7. num. 22. & 23.* Thomas Sanchez, qui plures alios refert. *dict. lib. 4. Consiliorum, cap 3. dub. 10. num 6.*

Y por la sentencia contraria, que es la que nos defiende, està Abendaño, *in dict. l. 9. Tauri, gloss. 10. num. 5. 6. & 7.* Montalvus, *in lib. 3 fori, tit. 5. lib. 10. §. en adulterio, el 1.* Gregorio Lopez, *in l. 3. tit. 21. part. 4 ver. los de la madre*, Didacus Perez, *in l. 2. tit. 15. lib. 8. ordinament.* Quibus adiungi debent Thomas Sanchez, *dict. dub. 10. num 7.* quatenus oppositam sententiam solum dicit probabiliorem, confessando tacitamente, que esta es probable, y Iuan Gutierrez, *dict. quæst. 101. num. 2. vers. quid tenendum,* en quanto dize, que la primera es mas verdadera, y recebida, Zeballos, *practicar. quæstionum, quæst 96 à num 11 præcipuè, num. 18.* adonde dize: *Ex quibus rationibus, hæc opinio videtur satis iuri censona.* Y alegando a Montalvo, Diego Perez, y Gregorio Lopez, concluye: *qui cum sint legum glossatores, habent in legum interpretatione, & intellectu maximam auctoritatem.*

Pero las autoridades no se an de numerar, sino pesar: y no importa que aya para una sentencia muchos autores, y para la

otra

otra menos, si con los menos está la razon. Resta pues ver, qual es en la que se fundan los que llevan la sentencia contraria.

El fundamento son dos razones. La una es dezir que milita la misma razon en las madres que, en los padres de tales hijos, y assi, que de entrambas sucessiones à de privarse el hijo de Clerigo. La segunda es, que en el proemio de la ley de Soria habla de las madres, y parece que a ellas se dirige, ibi: *Por no dar ocasion que las muceres assi viudas, como virgenes sean barraganas de Clerigos, si sus hijos heredassen los bienes de sus padres.* Y que asi la intencion de la ley fue privar a los hijos de la sucession materna: porque el proemio tiene essa virtud, que legis mentem ostendit, *ut in l. fin. ff. de hæredibus instituendis.*

Pero la poca substancia de ambas razones se prueba facilmente. A la primera respondemos lo primero, que las leyes penales no se estienden de casu ad casum, nec de persona ad personam, etiam ex identitate rationis. Sic docet *gloss. magistralis in cap. in pœnis de reg. iur. in 6.* Castro, *lib. 1. de lege pœnali, cap. 7. docum. 3.* P. Molina, *de iustitia, & iure, disp. 176. §. 4.* Thom. Sanchez, Suarez, Salas, & alij quos refert, & sequitur Castro Palao *tom. 1. tractatu 3. de legibus du. 5. punct. 3. §. 4. num. 3.* Corsetus, Tiraquellus, Hondedeus, Farinacius, & alij relati ab August. Barbosa, *axiomate 166. num. 7.* Y la razon es, porque pœna non irrogatur nisi exprefsé caveatur à iure, *l. at siquis impediat, §. Divus autem Marcus, ff. de Religiosis, & sumptibus funerum,* ibi: *Non rectè facere: pœnam tamen in eum statutam non esse,* Menochius *de arbitrarijs, lib. 2. cent. 3. casu. 276. per totum,* Farinacius, *quæst. 18. num. 7.*

Lo segundo dezimos, que no corre la misma razon en las madres de estos espurios que en sus padres. Para lo qual supongo, que el prohibir a los hijos de los Clerigos de la herencia de sus padres, es castigo hecho a los padres en si mismos, y en sus hijos, por dos razones. La una, porque los padres sienten mas las incommodidades de los hijos, que las suyas mismas, como lo dixo el *§. fin. inst. de noxalibus actionibus,* ibi: *Vt penè per filij corpus pater magis, quem filius periclitetur*, y por amedrentarlos a los padres de este delito de concubinato, les pone la ley por freno la pobreza de sus hijos, que les obligara mas que la propria; *l. isti quidem in*

fin.ff.de eo quod metus causa, ibi: *Cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.*

La segunda razon, porque es gravissima pena privar a un hõbre de la facultad de testar, que le concediô el derecho comun de las gentes, *ex l.non usque adhuc, ff. si quis à parente fuerit manumissus*, ibi: *Quiè iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.* Y por esso la *ley* 1. *C.de sacrosanctis Ecclesijs* tan libremente permite a los testadores sus disposiciones, y manda que se guarden, porque lo contrario fuera grave daño de su libertad, y grandemente injurioso, ut speçie præter nostrates, *in dict. l.6. tit. 8.lib.5 Recopil.* & alios quos consultò omitto, *lib.3.Consiliorum, consf* 408.*nu.*39. de que nos valdremos abaxo mas latamente.

Supuestas las dos razones de castigo, que padecen los padres Clerigos, en que sus hijos no les hereden: digo aora que no milita en las madres la misma razon que en los padres, para que ellas tambien estèn prohibidas de testar en favor de los hijos; porque es muy diferente la culpa de los unos, y de los otros, y la pena se à de commensurar con la culpa; *ex l. Sancimus, C. de pœnis, l.fœlicis, vers.cæterum, & §. illud autem eodem titul.* porque qualquier culpa en los hombres es mucho mayor, propter sexus iudicijq; firmitatem, que en las mugeres, quę sunt imbecilliores, & infirmiores, como lo dizen los Theologos comunmente con S. Thomas, y S. Buenaventura, a quien cita, y sigue Tiraquelo, *in l.1.connubiali, gloss.1.à num.85.& tracta.de pœnis temp.caus.9. per totam, præcipuè num.4.* porque como dixo la glossa en el *cap. forus de verborum significatione:*

Quid levius fumo? Flamen. Quid flamine? Ventus.
Quid vento? Mulier. Quid muliere? Nihil.

Y assi la pena en ellas dispone el derecho sea siempre menor que en los hombres, aun en iguales delitos, *l. Quisquis, §. ad filias, C.ad l.Iuliam maiest.* ibi: *Mitior enim circa eas debet esse sententia: quas pro infirmitate sexus minus esse ausuras cõfidimus.* Sequitur idem Tiraquel. ubi supra, & Farinacius, *lib.2.consil.criminal.cons.*115.*num.*11.

Y esto procede con mas certeza in delictis carnis, *ut docent prædicti Doctores; & est text.in l.si adulterium cum incestu, §.stuprum, & §.fratres, & §. incestum, ff. ad l. Iul. de adulter.* Y aun en el adulterio

mismo

mismo se inclina S. Agustin, a que se deviera instituirse lo mismo. Y assi dize en el *lib.2. de adulterinis coniugijs, cap.8.* (cuya autoridad refiere el *cap. indignantur 32. quæst.6.*) *Cum tanto gravius eos puniri oportuerit, quanto magis ad eos pertinet, & virtute vincere, & exemplo regere feminas.*

De lo dicho nace, que no militando, como no milita la misma razon, para castigar a las madres, que la que milita para castigar a los Padres, como mas culpados, y mas advertidos, no se puede estender la pena de ellos a ellas.

Ni obstarà dezir que no se puede negar que tengan culpa las madres que se mezclaron torpemente con los Clerigos, en que se comete tan grave delito; que los Doctores llaman a los hijos nacidos de este concubinato incestuosos, nefarios, adulterinos, y y sacrilegos, como lo pondera Cervantes, *in dict. l.9. Tauri, nu. 59.* & passim reperitur apud Doctores, y assi es justo que tēgan igual pena que los padres. Porque se responde, lo primero con lo que dixo el *§. Divus autem Marcus,* que citamos arriba. *Nō recte facere: pœnam tamen in eam statutam non esse.*

Lo segundo, que no quedan sin pena ni castigo, pues ven frustradas sus esperanças, y sus ordinarios desseos, que como dize la *l. scripto, ff. unde liberi,* es en todos los padres ver a sus hijos ricos, y que los hereden: *& parentum commune votum.* Y en estas mugeres mas, que dessearàn con instancia ver a sus hijos herederos de sus padres: cuya herencia comunmente es la que tiene subsstancia. Y esso sienten las madres mas vivamente, q̄ dessean, aun a costa de su vida, ver a sus hijos poderosos. Como refiere Tacito de Agripina, madre de Claudio Neron, que pospuso al gozo de ver a su hijo Imperando el amor de su propria vida. Y assi no quedan impunidas las madres, bien que por la disculpa de la flaqueza de su sexo, queden con menos pena que los padres.

A la segunda razon se responde, que el proemio en las disposiciones hominis vel legis sine dubio delarat mentem disponentium, *ut in dict. l. finali, ff. de hæredibus instituendis.* Porque habent rationem causæ finalis impulsivæ, ut docet Molina, *lib.1. de primogenijs, c.5. num.6.* & cum D. Ioanne del Castillo, Menochio, & alijs resolvunt eiusdem Molinæ Additionatores.

Sirven pues las palabras de el proemio para conocer la intenciō de la ley, ut ait Molina, & præter allegatos Castro Palao, *trac. 3. de legi. tom. 1. dispu. 5. pun* 3. §. 3. *nu.* 10. Salas *de legibus, decis.* 21. *sect.* 3. *vers.* 3. *regula.* Suarez *lib.* 6. *cap.* 1. *num.* 11. Esto todo lo confessamos, y dezimos, que la intencion de la ley de Soria fue reprimir a las mugeres de estos illicitos amancebamientos con los Clerigos, que esto es lo que dize el proemio. Pero añadimos, que a esta intencion; y causa final satisface la ley con la pena que les pone, que es, de que sus hijos no hereden a los Clerigos sus padres, castigo bastante, como está probado.

Y para esto es muy de advertir el termino que la ley usa: *Sean barraganas de los Clerigos.* Que si se mira (como se deve mirar) la propriedad de la voz, significa las mancebas, a quien publicamēte, y con solenidad (si assi se puede dezir) recebian los hombres solteros en su casa, para tratar cō ellas, como si fuessen sus mugeres. Y assi lo explica la *ley* 2. *y* 3. *tit.* 14. *part.* 4. Y esto les era permitido por la ley a los hombres que no tenian orden, ni matrimonio. Y estas tales siempre entravan a este concubinato con la esperança de ver a sus hijos ricos, y que posseyessen la hazienda de sus padres. Quæstum enim sui faciebant, y esso significā las vozes de que se compone la diccion *Barragana,* como lo dize la dicha ley 2. y hazian grangeria, y ganancia del pecado, y por esso se llaman sus hijos, *hijos de ganancia.* Y este era el principal motivo y engaño para su pecado. Y este es el que les quita la ley de Soria, persuadiendolas a que no an de tener esta esperança; y assi dize: *Por no dar ocasion a que las mugeres, assi viudas, como virgenes, sean barraganas de Clerigos si sus hijos heredassen sus bienes.* Adonde expressamente supone, q̄ esta era ocasion de ser barraganas, y que quitada ella se atajaria el pecado en grande parte.

De donde nace, que cō el proemio de la ley, y la intencion del legislador, y causa final de ella, queda bastantemente cumplido con la cautela dicha.

Ni obstarà dezir, que mas cumplidamente lo quedara, si se estendiesse esta ley a privar a los hijos de Clerigos de entrambas sucessiones. Porque se responde, q̄ las leyes no pusieron essa pena tan rigurosa, o porque se lo pareciò assi, o porque les pareciò bastante

tante la que ponian. Y esso mismo se pudiera dezir de otras muchas leyes penales, que no tienen tan severas penas, como pudieran, y no por esso se an de reprobar, ni estender; con que se satisface al argumento que se toma de el proemio de la ley.

Y Para que se vea ex abundanti quan flaco es este argumento, hago otro contra los Doctores contrarios, tomado de su misma dotrina; porque si la fuerça del proemio de la ley de Soria á de hazer que la prohibicion de suceder a los padres se estienda a las madres, porque en el proemio fueron nombradas; tambien à de hazer, que se estienda a privar a estos espurios, no solo de la sucession materna, sino de la de los parientes maternos. La razon se haze llana con este dilemma; porq̃, o el proemio haze estender la pena, o no; sino la haze estender, habemus intẽtum: si la estiende, à la de estender a todo. Porque una eademque determinatio respiciens plura determinabilia debet ea pariformiter determinare ex vulgata reg. *l. iam hoc iure*, & *l. Lucius*, *ff. de vulgari*, & in spè docet Bartholomeus Socinus, *lib. 3. consil. 74. n. 7.* infra citandus. Y en la misma ley se decide indivissiblemente, que los hijos de Clerigos no sucedan a sus padres, ni a los parientes maternos. Luego llana cosa es, q̃ si el proemio á de hazer estẽder la pena, la á de estender a todo; pues el proemio es la determinacion unica, y sin distincion de quien la pena se rige, y es una misma la razon (como los contrarios piensan) la que milita en las madres, y la que en los padres.

Tunc sic, digo aora con mi argumento: sed in adversariorum sententia filij Clericorum non excluduntur à sucessione cognatorum, licet excludantur á sucessione Matris, ut tenet expresé Cervantes *in dict. l. 9. Tauri, num.* 76. Ioann. Gutierrez *lib. 2. pract. quæst.* 103. Thomas Sanch. *dict lib. 4. Consiliorum, cap.* 3. *dub.* 11. *nu.* 2. Azebedo *in dict. l. 6. tit. 8. lib 5. Recopil. num.* 13. *& latius in l.* 1. *eodem titulo, num* 34. *&* 35. Vbi plures Doctores refert. Ergo illa extensio, quæ fit ab adversarijs, de succesione paterna ad materna vel debet fieri quo ad omnia, vel quo ad nulla, que es lo cierto.

Y hazese indubitable este argumento en que se fundan estos Doctores para no excluyr a los hijos de los Clerigos de la sucession de los parientes maternos: porque dizen, que esto no está

expressado en la ley de Soria, ni en la de Toro: y que assi relinquitur disponi iuris cõmunis, el qual no les excluye de esta sucession, ita Azebedo ubi sup. Especialmente (dize Thom. Sanchez) estando en terminos de la ley contraria, ibi: *Cum ergo sit lex correctoria debet limitari ad casum in quo loquitur.* Y este es el argumẽto que yo hago, y de que usarè despues.

De adonde de primo ad ultimum claramente se infiere, que la ley de Soria no excluye de la sucession materna a los hijos de los Clerigos, porque si los excluyera, y por la identidad de la razon, o en virtud de el proemio se estendiesse a esso, avia de estenderse tambien a privarle de la sucession de los parientes maternos; assi comos los excluye de los paternos, quod ipsi adversarij negant. Y pues no se estiende a estos por ser ley correctoria, y odiosa, tampoco deve estenderse a lo primero, en que milita la misma razon.

Y por estas razones Cervantes *in dict. l. 9. Tauri, num. 75.* Y Antonio Gomez, *ibidem num.* 51. Ioann. Gutierr. *in dict. quest.* 102. *numer.* 3. *in fin.* afirman que la ley de Soria por si sola, no excluye a los hijos de los Clerigos de suceder a sus madres, sino que la ley de Toro estiende la decision de aquella ley a privarlos de la herencia materna, assi como los priva de la paterna. Quod etiam manet improbatum ex dictis.

De lo dicho se infiere, que ni por las leyes de el Derecho comun, ni por la de Toro, ni por la de Soria estàn excluydos los tales hijos de la sucession de sus madres. Con que vienen a estar admitidos, y dexados en terminos de la disposicion regular.

Y quando fuesse assi, que la ley de Soria por si, o por extension que de ella hiziesse la ley de Toro, les excluyesse de la tal sucession: importava poco para nuestro caso; porque la ley de Soria habla de mugeres barraganas, y este genero de amancebamiento trata de quitar, ibi: *Por no dar ocasion que las mugeres, &c. Sean barraganas de los Clerigos.* Y esta es la causa final, a que se dirige la ley, ut supra probavimus. Y este genero de barraganas, quales sean, consta de las leyes de Partida alegadas. Y era necessario q̃ estuviesse probada esta calidad en doña Iuana de Herrera, para tomar argumento de esta ley. Pues como consta de todo lo dicho,

la ley penal no se à de estender de el caso en que habla. Y assi Gregorio Lopez *in l.3.tit.21.part.4.gloss.5.* dize: *Quod nec iure civili, nec Partitarum, neq; ordinamentorum filius Clerici etiam in sacris reppellitur à successione matris, nisi mater esset coniugata, aut consanguinea, aut publica concubina.* Cui sentētiæ adhæret Didacus Perez, *in l.3.tit.3. lib.5. ordinamēti, vers. sed circa præmissa.* Y para dezirse publica concubina, es necessario verificar las calidades que pide el Concilio de Basilea *en la session* 20. cuyas palabras refiere Bernardo Diaz *in pract.crimin.cap.79.num.*1. ibi: *Publici concubinarij intelligendi sunt non solum hi, quorum concubinatus per sententiam, aut confessionem in iure factam, seu per rei evidentiam, quæ nulla possit tergiversatione celari, notorius est: sed qui mulierem de incontinentia suspectam, & infamatam tenet, & per suum superiorem admonitus ipsam cum effectu non dimitit,* hoc ipsum sequitur Ioann. Gutierrez *lib.2. canon.qq. cap 7.num.*71. trasladando a Bernardo Diaz, calidades todas, que no están probadas en este caso.

Et sané non possum non mirari, tot graves Doctores oppositum iudicare, scilicet, que los hijos de Clerigos, avidos etiam ex non publica concubina, excluduntur á successione materna. Siendo tan evidente que la ley habla en las *Barraganas*, y que es cosa absurda, & liberè è proprio cerebro conficta, estender una ley penal con una, y otra extension odiosa, fuera de los casos, y personas de que habla.

Finalmente, quando concediessemos todo lo dicho, y que los hijos de Clerigos excluduntur à sucessione matris, sive sit concubina publica, sive non: con todo esso para el caso presente (que es lo inmediatissimo de nuestra question) importava poco; porque no porque los hijos estén excluydos de la sucession materna por alguna ley, o estatuto; por el contrario las madres estàn excluydas de la sucession de sus hijos.

Scio, oppositum in specie nostra sentire Matienço, *in l.6.tit.8. gloss 4.num.*11. *& in l.8. gloss* 1. *num.*30. *lib.5. Recopil.* Thomas Sanchez, *dict.lib.4. Consil. cap.3: dub.*43. Gutierrez *dict.quæst.*102. *nu.*3. qui plures referunt, pero la razon es la que se deve examinar, pues no basta que lo digan uno, ni muchos Autores, ut infra dicemus.

El fundamento de estos Autores es, porque sucesiones debent esse reciprocæ, *ut in autho. quibus modis naturales efficiantur sui collat. 7. § in quibus*, ibi: *In quibus enim casibus naturales filios vocavimus ad successionem: in ijs quoque, & ipsi decentem naturalibus patribus devotionem servent. Autha licet, C. de naturalibus liberis.* Ideoque sicut filij naturales insolidum ad hæreditatem maternam vocantur, ita & ipsa mater, aut ascendentes ex linea materna ad successionem liberorum naturalium insolidum admittuntur, *l. 2. ff. ad S. C. Tertyl.* ergo similiter à contrario quando filius excluditur a successione matris, debet mater excludi à successione filij.

Lo segundo, porque mater & filius sunt correlativi, in correlativis autem dispositum in uno, in alio cẽsetur dipositum, *ex l. fin. C. de in dicta viduitate tollenda, l. fin. ff. de acceptilationibus, exornat* Marta *de successione legali*, 3 *part. quæst.* 12. *à* 2. *num.* 32. Dom. Iosephus Vela 1. *tom. diser.* 4. *num.* 96. Baptista à S. Blasio, *tract. de correlativis* (*qui reperitur, tom.* 1. *tractatuum*) *à num.* 1. *usque ad.* 34. Ergo statutum vel lex illa loquens de successione materna, intelligi debet de successione filij.

Estos son los fundamẽtos de esta sentencia, y faciles mucho de desatar. Al primero se responde, que es falso dezir, que las sucesiones debẽt esse reciprocæ necessariò, porque vemos lo contrario llanamente en infinitos exemplos, mientras que el Derecho no lo expressa. Los hijos no sucediã a las madres, y las madres sucedian a los hijos, *ex §. postea autem inst. de Senat. Cons. Terty.* hasta que vino el Senatus Consulto Orficiano que los igualò. Frater uterinus ad successionẽ sororis vocabatur, non ècõtra, ut ressertur *in l. lege* 12. *tabularum, C. de legitimis hæredibus*. El hijo legitimo era heredero suus & necessarius de su padre, *§. sui autem inst. de hæred. qual. & diff.* non vero èncontra. La legitima petebant filij iure naturali, *Cap. Rainutius de testamentis, l. cum ratio, ff. de bonis damnatorem*: parentes vero iure civili, *ex l. nam & si parentibus, ff. de inofficioso testam.* Y aun oy dia dura la diferencia, porque el padre tiene obligacion a dexar a su hijo por legitima las quatro partes de la herencia, y el hijo solamente las dos terçias partes deve a su padre.

Por estos, y por otros muchos exemplos que dexô, defiende doctis-

doctissimamente Cephalo (omnino videndus) *tom. 3. Consiliorum cons. 408. à num. 25. cum sequent.* que las sucessiones no son reciprocas, *etiam inter personas correlativas, nisi fierent expressè.* Y assi defiende, que el estatuto que prohibe que el marido pueda instituir a la muger por heredera, no prohibe que la muger instituya al marido, y sigue la materia de manera que no la dexa dudable.

En los mismos terminos procede el consejo celebre de Bartolome Socino el Senior, que es *en el tom. 3. cons. 74. incipit difficultatem à num. 3.* ibi: *Sed præmissis non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse existimo, quod imo uxor non censetur prohiberi reliquere viro suo, &c.*

Sigue esta misma sentencia de mas de Baldo *in l. lege 12. tabul. C. de legiti. hæredibus*, Curtio el menor, *cons. 6. à num. 12. vers. secundo principaliter,* cuyas palabras dexo por no alargar este papel.

Y Pedro Surdo, *tom. Consil. consil. 292. à num. 5.* defiende por estas mismas razones, que aunque el hijo emancipado si prætermittatur à patre, non potest iure civili rumpere testamentum, nec illud inofficiossum accusare: ècontra verbo si pater prætermittatur, habet querelam inofficiosi testamenti, licet eorum successio invicem reciproca, & correlativa videatur. Eandem sententiam defendit mordicus Marta *de successione legali, dict. 3. part. quæst. 12. à num. 33. & sequentibus*; que siendo seys tan grandes Doctores los que tratan ex professo el punto proculdubio debent cæteris, qui obiter illud per tractarunt, anteferri.

Y aunque vemos que en el *Autho. de nat. lib.* alegado se mandò guardar essa igualdad, esso no haze regla forçosa, para que adonde no ay ley que expressamente haga la reciprocacion de las sucessiones, y que mande que ad invicem, los unos se sucedan a los otros, se observe, que dispositum in uno trahatur, & extendatur ad aliud non dispositum. Vt resolvunt prędicti Doctores, & latius infra.

De adonde infieren las resoluciones de varios casos semejantes al nuestro, como son, que exclusa sorore á successione fratris, non censetur frater exclusus, que fue la sentencia original de Baldo, *in l. lege duodecem tabularum, C. de legiti. hæred.* que siguen Socino *dict. consil. 74. num. 4.* & Cephalus *dict. cons. 408. num. 59.* qui plures Docto-

Doctores allegat. Item quoties uxor excluditur á succesione mariti; non censetur èсontra maritus exclusus á succesione uxoris. Tenent Socinus ibid. *dict. conf. 74 per totum*, & Cephalus *toto illo, conf* 408. y otros innumerables casos que junta Baptista de S. Blasio, *dict. tractatu de correlativis à num. 34. cum sequentibus.* De adonde se deve inferir la misma resolucion para el caso presente, y consequentemente dezirse, que excluso filio Clerici à succesione matris, non excluditur mater à succesione filij.

La segunda razon es aun mas falaz y facil de disolver. Y de entrambas dize Marta *ubi supra, num* 3. estas palabras: *Neque obstant illæ duæ rationes, quod succesiones debent esse reciprocæ: item quod disposita in uno ex correlativis locum habeant in altero. Istæ enim sunt fallacissimæ rationes.* Y con mucha razon dize esto Marta; porque Baptista a S. Blasio en el tratado de correlativis alegado, aviendo puesto ciento y diez casos, en que milita la regla de que dispositum in uno, censetur dispositum in alio, pone luego otras ciento y diez limitaciones. Vease quan poco segura es la regla que tiene tantas falencias.

La primera, y mas radical limitacion es, que procede in correlativis respectu eiusdem actus, & personarum; non vero respectu actuum diversorũ. Exemplum sit. El menor està prohibido de donar; por el mismo caso està prohibido recebir donaciõ del menor; porque donador, y donatario sunt inter se correlativi, & dispositum in donatore, est dispositum in donatario. Pero al cõtrario, porq̃ al menor le està prohibido ser donador no le està prohibido ser donatario, porque el mismo que no podia recebir donacion suya, le puede donar al menor. Lo mismo digo en los actos de vender, y demas contratos, en los quales pariformiter corre la misma regla. Hæc est sentencia verissima, & interpretatio dict. axiomatis, quam non èmeo cerebro confingo, sed traditam agnosco primùm à Socino Seniori *dicto conf. 71. num. 5.* ibi: *Quin imo dico quod licet maritus & uxor sint correlativa; tamen dispositum in uno non debet extendi ad alium. Quia regula prædicta procedit respectu eiusdem actus. Nam si quis est prohibitus vendere, censetur quis prohibitus ab eo èmere, ut in dict. l. fin. & ibi Bartol. ff de accept. Item habet locum regula correlativorum, quando fit respectu rei, quæ prohibetur*

ven-

vendi, quia censetur prohibita emi. & ita loquitur l. fin. C. de coëmptis &c. lib. 10. & ibi Bartolus. Unde in nostro casu si prohibitus est maritus in ultima voluntate uxori relinquere: censetur uxor prohibita capere ex ultima voluntate à marito. Adeò quod si imposita esset pœna marito relinquenti: imposita censeretur uxori capienti. Et ita loquitur materia correlationis. Secus autem est in diverso actu, & quando respicit statutum personam, & non rem, que es dotrina individual para nuestro caso.

Id ipsum docet Cephalus, *dict. cons. 408. num. 68.* ibi. *Respondeo id esse verum in eodem act, secus in diversis.* Y lo explica excelentemente con las reglas, y axiomas comunes, la que dize: *Frangenti fidē, fides frangatur eidem,* y la otra que dize: *In eo quod quis impugnavit, fundamentum facere non potest,* que proceden in eodem actu, secus in diversis, y cita por esta interpretacion a muchos autores.

Eidem sententiæ se subscripsit Marta, *de successione legali 3. p. quæst. 12. a. 1. num. 37.* ibi: *Regula correlativorum procedit respectu eiusdem actus. Nam si quis est prohibitus vendere, censetur alter prohibitus ab eo emere: & si quis est prohibitus instituere, censetur alter prohibitus institui. Sed argumentum à correlativis personis non procedit ab uno ad alterum actum.*

De adonde claramente se infiere para nuestro caso, que aunque doña Ana de la Cerda estuviesse por la ley de el Reyno (ò sea la de Toro, o la de Soria) prohibida de suceder à su madre, no por esso lo estava su madre prohibida de sucederle a ella, porque no milita la regla de correlativos mas que en el mismo acto; de suerte, que estando prohibida doña Ana de suceder a su madre, lo està su madre de instituyrla por heredera, que es el caso de la ley, y no por el contrario, como aora se pretende.

La segunda limitacion de la dicha regla, es igualmente llana, que la passada; porque aun quando se entendiesse como quieren los contrarios, no procede quando militat diversa ratio in altero ex correlativis, *arg. l. inter stipulantem, §. Sacram, ibi: sed dissimilia sunt; &c. ff. de verbor. obligat. l. curatorem, C. de interdicto matrim.* Baptista à S. Blasio, *dict. tractatu de correlativis, num. 39. vers. duo decimo fallit.* Everardus *loco à correlativis. Et in eodem loco* Barbosa *in tract. de locis communibus, n. 2.* Cephalus *d. cons. 408. n. 52. Socin. d. cons. 74. n. 7. in fin.* D. Vela ubi sup. & est inter omnes DD. indubitata sentētia.

F   Y que

Y que en nueſtro caſo ſe preſuma que la aya, es coſa clara, pues diverſitas perſonarum diverſitatem arguit rationis, *argumento l cum in fundo, §. ſi fundum ff. de iure dotium,& cum* Iaſſone docet Cephalus, *ibid num.* 53.& 54. Et urgetur. Porque ſi la ley no reconociera la deſigualdad de la razon que avia de el un caſo al otro, facil le fuera eſtender el decreto, y dezir, què ni el hijo ſucediera a la madre, ni la madre al hijo; pues como eſtá dicho, ſi lex vellet, loqueretur. Vt in ſpè noſtra ait Marta ubi ſup. *num.* 35. & 36.

Lo ſegundo, que poſitivamente aya diverſidad de razon, es llano; porque como arriba queda dicho, no es delito de los hijos el que ſe caſtiga, ſino el de los padres, y aſſi ſe les quita la teſtamenti faccion activa, y livertad de inſtituyr a quien quiſieren: pero los hijos no pecarõ, y aſſi no corre eſta razõ para quitarſela.

Demas de que eſtando caſtigados los hijos indirectamente, con privarles de la ſuceſsion materna, no es racional darles ſegunda pena, privandoles de la libertad de teſtar. Duplici enim onere quem gravari iniquum eſt, *argumento l. navis onuſta, §. cum autem, ff. ad l. Rhodiam de iactu, l. ſticho in fine, ff. de uſ fructu legato cum alijs.* Antes es conforme a razon natural, legal, y prudencial, que is qui gravatur in uno in alio debeat relevari, *iuxta regulam l. ſecundum naturam, ff. de reg. iuris, l. iure ſuccurſum, ff. de iure dotium, l. eum qui, ff. de iure iurando.* Y quando fuera aſsi, que doña Ana eſtuvieſſe prohibida de heredar a ſu madre, ſe le avia de permitir que pudieſſe inſtituyr a ſu madre, ut in ſpecie arguit acutè idem Cephalus, *dict. conſ.* 408. *num.* 54. omnino videndus.

La tercera limitacion es, que non procedit prædicta regula in ſtatutis excluſivis: licet procederet in ſtatutis admiſſivis. Eſta regla es de Cephalo, cuyas palabras, y razon ſon tã vivas, q̃ es fuerça ponerlas aqui: *Tertio (quid quod ſit, quãdo ſtatutum loquitur affirmativè) ubicumque diſponit negativè, quod una perſona ex correlativis à ſucceſsione alterius excludatur; non propterea reciprocè altera quoque excluditur,* Caſtr. *in dict. l. lege* 12. *tabul. num.* 3. *C. de legitimis hæredibus. Primo enim caſu quando affirmativè quis admittitur, nemini præiudicium infertur, cum admittatur, alijs proximioribus non exiſtentibus. Secundo verò caſu præiudicatur ei, qui excluditur. Et* 1. *caſu id eſt præter ius commune,*

ſecundo

ſecundo verò eſt contra. Idcirco in ſecundo ſtrictius eſt ſtatutum interpræ-tandum, l. quidquid adſtringendæ, ff de verb. oblig. ubi Bart. *cum ſimilibus. Ita* Ruinus, *conſ.* 33. *nu*, 11. *lib.* 2. No era meneſter para obtener eſta parte mas que eſta autoridad, pues habla en proprios terminos, y con tanto fundamento.

Y de eſta regla, y excepcion ſe ſe ſaca la inteligẽcia de la *l. fin. C. de in dicta viduitate toll.* porq̃ habla en eſtatuto admiſsivo, no excluſivo. Y la razon de ella es, porq̃ ubi res reducitur ad ius commune, facilius admittitur extenſio: *ut poſt gloſſam in cap ſtatutũ ver. numerandũ de præbẽd. in 6. tradit* Cur. Iun. *d. conſ.* 6 *n.* 13. *&* 14. Quod citat in ſpé noſtra Cephal *ibid. n.* 81. ſequiturque Thom. Sanchez, *lib.* 1. *de matri. diſp.* 12. *n.* 2 *plures refert & ſequitur* Barboſa, *in collect. ad d. c ſtatutum, n.* 13. Y aſsi tratandoſe en eſte caſo, no de reduzir a derecho comun, ſino exclyr de el la ſucesſion de doña Iuana en los bienes de ſu hija, no puede eſtenderſe, ni ſeguirſe la regla de los correlativos como quieren los Doctores contrarios.

La quarta excepcion es, que non procedit prædicta regula de correlativis in pœnalibus. Tunc enim non fit extẽſio de perſona ad perſonam, ut docet Socin. *dict. conſ.* 74. *n.* 6. Baptiſta à S Blaſio, *dict. tract. de correlativis, nu.* 34. *verſ. Tertio fallit.* Y la razõ es la que ya dexamos repetida, porque in pœnalibus non datur extenſio legis ultra ea, quæ ab ipſa lege exprimuntur.

Y generalmente en materia de eſtatutos, que prohiben, y excluyen de la ſuccesſion a alguna perſona, quæ iure communi admittebatur, nunquam deberi dari extenſionem de perſona ad perſonam, docet Marta pluribus locis, *dict.* 3. *part. quæſt.* 12 *a.* 1. *à num.* 54. *& latius* 2. *par. quæſt.* 5. *a* 3. *num.* 6. *cum ſequentibus.* Vbi docet, excluſa matre per ſtatutum à ſuccéſsione filij, non debere excludi avum maternum: licet eadem ratio, imo fortior militet, pro admiſione matris quàm avi, & 1. *part. quæſt.* 21. *a.* 3. *à num.* 45. *cum ſequentibus.* Vbi defendit, quod ſtatutum excludens fratrem à ſucceſſine ſororis, non excludit Patruum, licet, ut dixi, frater potius quàm Patrus debeat ad hæreditatem ſororis admitti.

Todo eſto ſe funda en derecho aſſentado, y notorio, y es, que eſtas excluſiones ſon odioſas, y no ſe an de ampliar. Y el caſo omitido por la ley, aunque parezca por diverſos argumentos, que

que queda tacitamente incluydo en el que està expressado, no lo queda, antes bien se queda a disposicion de el derecho comun, ex doctrina *text. in l. si cum dotem in princ. ff. solut. matrim. l. si extraneus, ff. de condict. ob. caus.* De la qual dotrina se valen los contrarios para defender, que por las dichas leyes no estàn excluydos los hijos de Clerigos de suceder a los parientes maternos; porque no estando expressado en la ley relinquitur dispositioni iuris communis; ita ex Azebedo *in dict. l. 6. tit. 8. lib. 5. nu. 13. & in l. 1. eod. tit. n. 34. & 35.* & Thoma Sanchez *dict. lib. 4. Consiliorum, cap. 3. dub. 11. numer. 3.* supra retulimus.

De adonde se infiere, que no estando expressada en la ley del Reyno la exclusion de las madres en la sucession de los hijos de Clerigos, quedã admitidas: assi porq̃ no milita la regla de correlativos en materias odiosas: como porq̃ en las exclusiones contra el derecho comun, el caso omitido, està dexado a la comun disposicion de el derecho. Y consequentemẽte aun quando concediessemos, que doña Ana estava excluyda de la sucession de su madre por la ley de Soria, o la de Toro, no por esso su madre lo estava de la sucession de su hija, pues por derecho comun estava admitida, ut supra probavimus.

Añado a lo dicho, que quando uviesse alguna duda, se devia juzgar en favor de el testamento, *iuxta regulam text. in l. si pars in princ. ff. de inofficioso testamento, cap. fin. de sententia & re iudicata, ut in specie docet* Cephalus, *dict. cons.* 408 *nu.* 63. Mantica *de coniect. ultimarum vol. lib. 2. tit. 15. nu. 1 & 6.* Menochius *lib. 2. præsumpt. 71. nu. 30. & seqq.* Barbosa *in collec. ad dict. cap. fin. num. 6.*

Y aunque aya por la sentencia contraria mas Doctores que por la nuestra; se à de considerar. Lo primero, que los Doctores que citamos por esta sentencia, no son tan pocos, que no puedan hazer sentencia comun, pues seys Doctores la hazen, como dize Thomas Sanchez, Menochio, y Alciato, locis infra citandos; y los ay por esta parte, que son Socino, Curcio, Baldo, Cephalo, Marta, y Baptista de S. Blas. quando con solo un Doctor se contentaron Barbacia, y Hostiense, y otros, para que en favor de el testamento se pudiessen los juezes apartar de la sentencia comun.

Lo

Lo segundo, que segun la regla mas recebida, y segura de Corrassio *in tract. communium opinionum, lib 1. tit 6. per totum praecipuè, num. 64. quam sequitur*, Iacobus Venius *de privilegijs Iuris. Consul. privil.* 80 *num. 6.* aquella se à de tener por mejor sententia, la que tratan los Doctores, no de passo, sino de proposito, disputando por una, y otra parte la question. Y esto mismo siguen Zeballos *in praefatione ad tom. 1. commun num. 11. & sequentibus*, *& latius* Thomas Sanchez *lib. 3 de matrimon. disp 44. num 2.* Los quales, aunque no vieron a Corrassio, y a Venio, pero citan otros muchos Autores. Y fue original la sentencia de Alciato *de praesumpt. praesump. 51. regul. 1. num. 3. & lib 9 parergon. cap. 14.* Y no puede negar nadie, que los Doctores, que estan por esta parte en la intelligencia de la correlacion, y reciprocacion de las sucessiones, tratan la question por ambas partes mas de proposito que los contrarios. Y el Padre Thomas Sanchez, que suele disputar las questiones con la razon, y la autoridad, en esta parte no trae ninguna, mas que dezir, que las sucesiones son reciprocas, y correlativas necessariamente, y suponer lo que avia de probar. Y assi dize doctamente Menoch. *dict. lib, 2 praesump 71, nu 40.* con la autoridad de Navarro, y Alciato: *Communiorem se existimare opinionem, quam sex, aut septem Doctores Clasici, rem ex professo tractantes, assererent, quàm probatam à quinquaginta sola ferè actoritate priorum ductis*: que es lo que passa en este caso.

Lo tercero, porque aqui se á de atender a la razon en q̃ unos y otros Doctores se fundan, ut docet Thomas Sanchez, *ubi sup. &* Menochius, *dict. praesumpt. 71. num 24.* Y nuestra razon sin duda es mas eficaz que la contraria. Demas de que por esta parte milita la equidad, y el favor de el testamento; y la contraria trata de rigor, y destruyr la causa testamentaria, que ambas cosas consideran los Doctores dichos, praecipuè Menochius *ibidem num. 25. & 30. cum seqq.*

Y finalmente para el punto inmediato sobre que se vè oy el pleyto, sobra mucho en lo alegado. Pues (a nuestro corto entender) qualquiera de estas razones que se an traydo, para que doña Iuana de Herrera no esté excluyda de la herencia de su hija, quãdo no concluya, como esperamos; por lo menos nadie puede

negar que haze dudosa, y en alguna parte ofusca la pretension de los Albazeas; que es lo que basta para que la sentencia de remate pronunciada en esta causa, no se pueda llamar notoriamente injusta. Y consequentemente para que no sean oydos los Albazeas en esta Real Audiencia, hasta que con efecto paguen y se haga el remate, y venga el pleyto por su orden, ut supra probatum relinquimus. Salva in omnibus D. V. censura dignissima.

Hernando davila